

A exceção de pré-executividade de terceiro no direito processual civil brasileiro.

*Raimundo José de Sales Júnior**

1 Introdução :

O processo de execução contido no livro II do atual Código de Processo Civil Brasileiro é reputado por demais “duro”.

Isto porque inexistem maiores possibilidades de discussão e derrocamento do feito, havendo, de regra, inicialmente, a penhora ou o depósito de um bem para o resguardo do juízo.

Até bem pouco tempo, os embargos à execução e os de terceiro eram os únicos meios de defesa admissíveis no processo executivo.

Porém, a doutrina criou uma das maiores inovações de nossa ordem jurídica, ao permitir ao executado oferecer defesa sem que, para isto, tenha de, inicialmente, ofertar um bem em penhora, mesmo diante da não previsão legal, sendo o novel instituto denominado de exceção de pré-executividade.

Tal a cogência do novo meio de defesa, que o mesmo encontra-se fortemente arraigado em nossa ordem jurídica, com o respaldo quase unânime da doutrina e jurisprudência.

Busca-se uma análise se é possível a propositura da exceção de pré-executividade por parte de um terceiro.

Portanto, procura-se uma compreensão mais robusta e correta do instituto em gestação, procurando ainda dissipar as dúvidas resultantes dos estudos doutrinários, bem como da aplicação prática.

2 Generalidades sobre a execução

A notícia mais antiga que tem-se do processo executivo, remonta ao direito romano.

Porém, aquele não se coadunava com os modernos, humanitários, legais e constitucionais postulados do direito hoje existentes.

O fato acima se explica, mas sem qualquer justificativa, porque, à época, ainda não haviam sido elaboradas a Magna Carta Inglesa de 1215, a Constituição Norte-Americana de 1787 e a Francesa de 1791.

* O autor é advogado integrantes do escritório de advocacia “Napoleão Nóbrega”.

À guisa de esclarecimentos, mas os documentos solenes acima referidos constituem a âncora de todos os ordenamentos constitucionais do planeta existentes, legando preceitos eternos, como o habeas-corpus, a ampla defesa e o contraditório, a federação, bem como os dogmas da igualdade e liberdade.

Àquele tempo, também ainda não havia sido profligada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e não havia a força cogente do Direito Internacional Público.

O Cristianismo, que muito contribuiu para a humanização do direito, ainda não tinha muita força.

Todas as causas supracitadas, acrescidas do espírito aventureiro e de domínio Romanos, talvez expliquem o porquê de a execução, naquele período, incidir sobre o corpo da pessoa, e não sobre os bens desta.

Cretella Júnior (1966, p. 318), uma das maiores autoridades em Direito Romano da história deste país, fala, sabiamente, sobre a dureza da execução em Roma, a incidir sobre o corpo da pessoa :

Como acontecia na época anterior, no sistema formular cabe ao vencedor também tomar a iniciativa da execução, depois do prazo de 30 dias, fixado pela Lei das XII Tábuas. Do mesmo modo que no regime das ações da lei, a execução é dirigida, em princípio, sobre a pessoa (...).

A Lei das XII Tábuas (ano 450 a.c.), dá fundamento ao absurdo do poder(em) de o(s) exequente(s) dispor(em) do corpo ou até mesmo da própria vida do executado, no seguinte excerto :

(...) aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés, com cadeias com peso até ao máximo de 15 libras, ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao *comitium*, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos, se os credores preferirem, poderão vendê-lo a um estrangeiro, além do Tibre (DINAMARCO, 1998, p. 33).

Do texto legal acima, enceta-se que tal permissão, assemelha a execução em Roma aos campos de concentração do desprezível Nazismo da Alemanha de Adolf Hitler (1939 –

1945), porque em ambos, foram cometidas atrocidades bárbaras contra a pessoa humana, e a mutilação do corpo do devedor, em Roma, é também comparável às que aconteceram na Inconfidência Mineira contra os insurgentes, ocorridas no Brasil-Colônia, devendo ter por fito mostrar a outros devedores que a inadimplência era punida até com o esquartejamento, e que, portanto, era desvantajoso insistir na inadimplência.

A humanização de tal processo vem a ocorrer com o advento da *Lex Poetelia Papiria*, como adverte o grande Dinamarco (1998), sendo que, após aquela, foi vedada a execução sobre o corpo da pessoa, passando a incidir sobre os bens desta, como acontece atualmente.

2.1 Do processo de execução no Código Brasileiro de Direito Processual civil de 1973 e as novas tendências.

O processo executivo encontra-se contido no Livro II (dois) do atual código processual cível, sendo tal matéria regradada pelos artigos 566 a 795.

É um processo autônomo ao de conhecimento, este prescrito no Livro I, do Código supra, conforme aduz Dinamarco (1998).

Uma das principais características da execução é ser um ato de força, permitida pela lei, pois o executado é citado para pagar ou nomear bens à penhora, ou depositar algo, sem maiores possibilidades de desconstituição, ou protelamento do feito.

Apesar de o processo executivo ter evoluído bastante, ainda há muito por fazer, pois o mesmo ainda não é um forte instrumento de garantia da efetividade dos direitos do exeqüente, pois um advogado habilidoso pode protelá-lo indefinidamente.

Como um dos mais repugnantes meios de protrair-se dos efeitos daquela, pode-se citar a transferência de bens para o nome de terceiros, bem antes mesmo da entrada do processo de conhecimento, dentre outras formas mais ilegais e imorais.

Símbolo de uma nova época que ainda está por vir, é o aplicar, na execução, da Teoria da Aparência da Posse, de forma ainda bastante tímida.

O teorema acima consiste no seguinte :

A parte, antes de ser intentada uma ação contra ela, transfere o bem, por exemplo, um veículo importado para um empregado, este que percebe mensalmente, apenas um salário mínimo.

E, no caso acima, o executado, mesmo transferindo o veículo supra-referido para um empregado, continua a andar diuturnamente no mesmo.

Cabe a outra parte, demonstrar, com prova testemunhal, o vil e abjeto artifício acima, que serve para desprestigiar e desacreditar o Poder Judiciário, bem como derrocar os direitos do autor.

Muitos Magistrados têm, sabiamente, dado guarida à teoria acima.

Outra grande conquista, é a aplicação do instituto norte-americano da Desconsideração da Personalidade Jurídica da Empresa (*Disregard Of Legal Entity*), incidindo a penhora sobre bens dos sócios, dado os óbices em penhorar bens da empresa, o que tem sido de grande valia.

Gigante novidade, é a execução preconizada pela sistemática da Lei dos Juizados Especiais Cíveis, Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, pois nesta não há o adiantamento das custas por parte do exequente, e o pedido é feito por uma simplória petição, não necessitando de procuração e memória discriminada do débito.

Grande inclinação do direito brasileiro, é pela jurisdição coletiva que, atualmente, já começa a prevalecer sobre a individual.

Mas, diante da inteligência nefasta de alguns, é necessário evoluir muito mais.

3 Da exceção de pré-executividade

Os únicos meios de defesa admissíveis no processo civil brasileiro eram os embargos à execução, e os embargos de terceiro, como se depreende da sistemática do atual Código de Processo Civil Brasileiro.

Porém, surgiu em nosso país uma nova forma de defesa não contida em lei, permitindo ao executado defender-se sem que, *a priori*, tenha de ofertar um bem à penhora.

Tal forma defensiva passou a ser denominada exceção de pré-executividade.

Moreira (2000, p. 21) fala com muita propriedade sobre o surgimento da exceção em nosso país :

O primeiro jurista a traçar os contornos desse meio de defesa foi Pontes de Miranda, em parecer, que ofertou, em julho de 1.966, por solicitação da companhia Siderúrgica Mannesmann. Esta sofria várias execuções, em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, além de pedidos de falência, sempre com base em títulos que continham assinatura falsa de um de seus diretores, execuções essas, engendradas sabe-se lá com que finalidade. Com vários títulos assim contrafeitos é de imaginar o perigo a que a empresa esteve exposta (...)

O mesmo Moreira (op. cit.) relata que o próprio Pontes de Miranda, bem antes do caso Mannesmann, já admitia a defesa no processo executivo, de outra maneira que não fosse através dos embargos.

Sobre o biótipo da exceção de pré-executividade diz o abalizado Moreira (2000, p. 6) :

A exceção de pré-executividade coloca porção de cognição no processo de execução, de modo a prescindir dos embargos do devedor, ação esta que, em comparação com o rápido incidente da exceção de pré-executividade, simples petição, é bem mais demorada, lenta e burocrática. Chama a atenção, ainda, o fato de a exceção de pré-executividade ser de natureza incidental, e a característica de todo incidente, segundo Carnelutti, é a de exigir ‘ maior simplicidade e agilidade. ‘ Conquanto essa simplicidade e agilidade nem sempre se verifiquem, acreditamos que o incidente de exceção de pré-executividade tenha o efetivo condão de agilizar a resolução de várias questões envolvendo o processo de execução.

Adroaldo Furtado Fabrício (1996, p. 15) também ratifica a rica doutrina acima :

“ No processo executório há cognição, mesmo que rarefeita e puncutualizada : basta lembrar a chamada exceção de pré-executividade. “

Então, de acordo com o autor acima minudeado, a exceção de pré-executividade dá um cunho de cognição ao processo de execução, mesmo que neste o aprofundamento na matéria probatória seja menos complexa do que no processo de conhecimento.

Sobre a natureza do objeto deste estudo diz com muita proficiência Moreira (2000, p. 41) :

“ A exceção de pré-executividade tem caráter defensivo, como o seu nome diz; assim deve ser afastada a idéia de que se trata de ação (Alberto dos Reis) ou processo incidental (Anselmo de Castro). “

Pois então, ao contrário dos embargos à execução, que é reputado de forma prevalente como uma ação incidental ao processo executivo, a exceção é tida como meio de defesa, o que beneficia muito o executado.

“ (...) força é convir que a exceção de pré-executividade aproxima-se bastante da contestação, principalmente quando esta contém alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. “ (MOREIRA, 2000, p. 41)

O célebre ponto de vista acima esposado, evidencia a similitude entre a contestação, meio de defesa preponderante no processo de conhecimento, e a exceção de pré-executividade.

4 Da exceção de pré-executividade de terceiro

Indaga-se se é possível o terceiro interessado apresentar exceção de pré-executividade.

Com fulcro na regra de legitimidade estabelecida para os embargos do devedor, vêm se entendendo que só tem legitimidade para propor a exceção de pré-executividade quem tem legitimidade para propor os embargos do devedor. (ALVES FERREIRA, 2000, p. 153)

Apesar de o autor acima postar-se contrário à possibilidade de o terceiro ajuizar exceção de pré-executividade, a maioria dos doutrinadores sobre o assunto, tem opinião diferente.

(...) O fiador pode opor ao credor, em compensação, a dívida do credor para com o seu afiançado. Dizemos nós : pouco importa seja ele parte no processo de conhecimento ou no processo de execução. Pode ingressar a qualquer momento e postular tal reconhecimento (...) (MOREIRA, 2000, p. 70)

Ainda fala o autor supracitado (op. cit.) que, em caso de aplicação do direito das sucessões, a pessoa que fulgure em documentos respectivos como herdeiro, pode ser parte tanto ativa, como passiva na execução, e, acrescentando-se, neste último caso, pode apresentar exceção de pré-executividade.

Batista de Andrade (2001, p. 60), sobre o assunto, diz :

Há outros defensores mais vibradores que chegam a afirmar que a exceção de pré-executividade não é privativa do devedor, pois ela pode ser utilizada por terceiro interessado e até pelo credor, para arguir a prescrição de direito (ALBERTO CAMIÑA MOREIRA), e até para alegar a nulidade e vícios de título executivo, ainda que este esteja nos seus recônditos, mesmo que exija dilação probatória.

Entrementes, de acordo com as grandiosas últimas duas grandiosas doutrinas supra, é plenamente admissível que o terceiro ajuíze exceção de pré-executividade.

Existem, no entanto, dúvidas sobre a possibilidade do cônjuge que é intimado, nos casos em que a lei exige opor-se à execução através da exceção de pré-executividade. Parece-me contudo, que a solução a ser adotada é a mesma dispensada à possibilidade de o cônjuge opor-se à execução através dos embargos do devedor, ou seja, não tem o cônjuge legitimidade para opor-se à execução pela exceção de pré-executividade, cabendo-lhe tão somente o direito de opor-se através dos embargos de terceiro. (ALVES FERREIRA, 2000, p. 153)

Respeita-se a inclinação acima, mas entende-se perfeitamente que é plenamente admissível a interpolação da exceção de pré-executividade pelo cônjuge, intervindo pois,

este como terceiro, partindo da premissa de que, se não há limitação para o maior (embargos de terceiro), logicamente não há para o menor (exceção de pré-executividade).

Aliás, com forte inspiração no eterno, concusso e infalível Pontes de Miranda, pode-se afirmar a criação de um novo instituto : a exceção de pré-executividade de terceiro.

5 Conclusões

De todo o exposto, conclui-se :

O terceiro interessado pode interpor a exceção de pré-executividade.

Dentre os legitimados, para tal, à guisa de exemplos, pode-se citar, o cônjuge, o fiador, o avalista, ...

Permitir ao terceiro ajuizá-la, aumenta-se as possibilidades de defesa no processo executivo, dentro das premissas do contraditório e da ampla defesa.

Em analogia aos embargos de terceiro, pode-se alegar a criação de um novo instituto : a exceção de pré-executividade de terceiro.

Para uma melhor operacionalização da mesma, com a conseqüente extirpação das muitas controvérsias, seria condizente que fosse normatizada legalmente no atual Código de Processo Civil Brasileiro, no livro II, do processo de execução.

Referências

ALVES FERREIRA, Fábio. A Exceção de Pré-executividade como Meio de Oposição à Execução. Revista da Faculdade de Direito da UCP. Juris Síntese. Porto Alegre, v. 2, p. 153, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 5 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1.998.

BATISTA DE ANDRADE, José. Exceção de Pré-Executividade. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n 10, mar./abr., p. 60, 2.001. Informação eletrônica. CD ROM.

BRASIL. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 35 ed. São Paulo : Saraiva, 2.003.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. N 22, São Paulo : Iglu, 2.001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito Romano. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1.966.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 6 ed. São Paulo : Malheiros, 1.998.

_____. A Instrumentalidade do Processo. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2.002.

DOUGLAS, William. Tudo o que você precisa saber sobre como passar em provas e concursos e nunca teve a quem perguntar. 12 ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2.002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Inovações do Código de Processo Civil. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, p. 15, 1.996.

FANTONI JÚNIOR, Neyton. Exceção de Pré-Executividade : Limites e Possibilidades. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n 08, nov./dez., p. 17, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Exceção de Pré-Executividade. Jornal Síntese, n 38, Porto Alegre, abr., p.3, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

LEONARDO V. C. LEÃO, Hugo. Exceção de Pré-Executividade em Matéria Fiscal. Juris Síntese, Porto Alegre, n 21, jan./fev., 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; BORGES, Leonardo Dias. Objeção de Exceção de Pré-Executividade e de Executividade no Processo do Trabalho. Síntese Trabalhista, Porto Alegre, n 115, jan., p. 5, 1.999. Informação eletrônica. CD ROM.

MONTORO, André Franco. Estudos de Filosofia do Direito. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 1.995.

MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade. 2 ed. São Paulo : Saraiva, 2.000.

PAES ALMEIDA, Amador. Exceção de Pré-Executividade no Processo do Trabalho. Revista Direito Mackenzie, n 1, Juris Síntese, Porto Alegre, p. 147, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. Manual da Monografia Jurídica. Como se faz : uma monografia, uma dissertação, uma tese. São Paulo : Saraiva, 1.997.

RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Exceção de Pré-Executividade : Uma Visão Constitucional. Porto Alegre : Juris Síntese, n 40, mar./abr., p. 6, 2.003. Informação eletrônica. CD ROM.

SIQUEIRA, Marli Aparecida da Silva. Normas Técnicas Para Produção Científica. Juris Síntese, Porto Alegre, n 21, jan./fev., 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.

VILAÇO DA SILVA, José. Exceção de Pré-Executividade e a Execução Fiscal. Revista de Estudos Tributários, nº 11, Juris Síntese, jan./fev., p. 11, 2.000. Informação eletrônica. CD ROM.